DISPUTATIO JURIDICA DE SUBSTITUTIONIBUS. QUAM DEO TER OPT. MAX. AUXILIATORE...

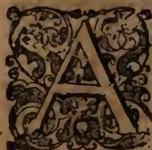
Daniel Imlin, Kaspar Lälius, Valenti Gonzaga





De SUBSTITUTIONIBUS.

Thesis I.



A Tractatione juris testamentarii non est excludẽda materia substitutionum. Mat. Wesenbecius, JC. alias magni nominis, putat quidẽ in suis parat. *ad tit. 6. lib. 28. ff. in fine*, operæ pretium non esse, ut multum studii in eam impendamus; propterea quod tanta sit ejus subtilitas & altitudo ut compendiaria tractatione exhauriri non possit; ea desuetudo & insolentia, ut unumquemque pigere debeat in re ab usu nostrorum judiciorum remotissima multum temporis erogare *arg. l. 1. ff. de susp. tutor. l. 25. ff. de liber. legat.* & illud Catulli: *Turpe est difficiles habere nugas & stultus labor est ineptiarum.* Verum uti prius libenter illi largimur, neque dubitamus quin retorquendo optimè jugulum ipsius ferire possit: ita posterius nunquam nobis persuadebit. Raph. Cumanus certè testatur se ex Baldo non semel audivisse, quod de hac materia consulendo ultra 15000. ducatorum fuerit consecutus, quod omnino fieri nõ potuisset, nisi aliquis usus hujus materiæ remansisset. Idem affirmat Jason sup. *rubr. ff. h. t.* quando dicit: in hac materia esse difficultates sine numero: istam tamen difficultatem vinci ab utilitate. Vide etiam Rol. Passagerium *de test. & ult. volunt. rubr. 22. n. 1. & rubr. 23. n. 5.* Sichard. *ad singulas ferè ll. C. h. t.*

II.

Objiciat aliquis, à temporibus veterum JConss. malè inferri ad præsentia. Sit ita. tamen hoc ipsum procedit saltem in

materia contingente, quando ſtatus præſens non concurrit cum veritate præcedentis. Everh à Middelburg *in ſuis loc. legal. n.5.p.594.* Mat. Stephani. *lib.2. topic. jur. loco 87. num.10.* quia verò unumquodque præſumitur ita manſiſſe, quemadmodum olim fuit. *l.5. §.6. ff. de re milit. l.27. C. de teſtament.* niſi mutatio probetur. *l 8. & 22. ff. de prob.it.* Reink. *de reg. ſec. & Eccleſ. lib.1. Claſ 2. c. 2. n.57.* pro nobis autem militet partim conſt. quædam Saxonica *part.3. tit. 8.* ubi hæc verba habentur; Dieſer Fall treget ſich offte zu/ daß ein Vater der Kinder hat ein Teſtament machet/ darinnen er die Kinder zu Erben einſetzet/ legiret oder vermachet der Frawen jhren gebührenden Theil/ vnd ſubſtituiret hernach ſeine Kinder/ alſo daß wenn eines von denſelben nach ſeinem Todt verſtürbe/ daß deſſen Antheil nicht auff der Kinder Mutter/ ſondern auff ſeine andere Geſchwiſter verfallen ſolle. Partim omnium celebrium totius Europæ Academiarum inſtituta, quibus cautum eſt, ne Profeſſores earundem hanc de ſubſtitutionibus materiam unquam de manibus deponant, ſed vigili ſtudio eam examinantes & diſputando & legendo auditoribus ſuis proponant, Dauth *de ſubſt. in proœmio.* noverintque eos, qui hujus cognitionem negligunt nec utilitatem ſuam ſatis noſcere, & quod dicunt, extra oleas & repagula deferri. Alciat. *in orat. quadam Ferrariæ habita.* magis eſt ut principium petat, quam ſit tanti momenti, ut nos ad aliquam ſeceſſionem compellat.

III.

Subſtitutionis vocabulum compoſitum eſt à præpoſitione SUB & verbo STATUO, quod ſignificat deliberata voluntate aliquid ordinare, dicere, conſtituere, decernere, etwas mit bedachtſamkeit anordenen/ ſetzen/ Gœddeus *ad l. 46. n.3. ff. de verb. ſignific.* Viglius *in pr. Inſt. h. t. n. 4.* hinc ſubſtituo ere, ich ſetze an eines andern ſtadt/ & ſubſtitutio h. e. ſummiſſio in locum alterius, eine erſetzung der vorigen Stelle.

IV. Si-

IV.

Significatio ejus latè patet. Roland. Passager. *de testam. & ult. volunt. r. 28.* nam & pecora substitui dicuntur in locum demortuorum & vites, & arbores, & oleæ. *§. 38. Inst. de R. D. l. 18. 59. & 69. ff. de usufr. l. 14. ff. de imp. in res dot. l. 22. ff. de leg. 1.* item ova. Plinius. *lib. 10. c. 54.* sic quoque novam sobolem substituere dixit Columella, & frequentissimæ sunt in jure istæ loquendi formulæ. Judicem, procuratorem, tutorem substituere, *l. 38. §. in eum ff. de adm. tutor. l. 20. ff. judicatum solvi, l. 25. C. de procurat. cap. 1. 3. & 6. lib. VI. de procur.*

V.

In materia verò ultimarum voluntatum, licet certi juris sit & in legatis & fideicommissis & mortis causa donationibus posse substitui. *l. unic. §. 7. C. de cad. tollend.* ex communiter accidentibus tamen universalem successionem respicit, & præcipuè denotat secundi hæredis institutionem. Mynsing. *ad pr. Inst. h. t. n. 2.* germanicè **eine Untersetzung der Erben/** item **eine Affterelnsetzung** Alciat. *lib. 4. parerg. cap. 6.* Satler. *in thes. tabell. tit. 6. pag. 80.* apud veteres enim hic erat testamentorum ordo, ut primo capite heredis fieret institutio, sive unus sive plures essent, qui in universum bona ex defuncti voluntate caperent. Sequenti capite & in ima cera secundi heredes, legata & reliqua testatoris voluntas & dispositio ponuntur, sive aliquos onere gravare, aut si quibus dari, fierivè oportere testator pro sua voluntate arbitratus esset, qui non heredes sunt, legatarii sunt dicendi. Alex. ab Alexandro, *lib. 1 genial. dier. c. 1.* Tranquillus *in vita C. Julii Cæsaris cap. 18.*

VI.

Definiri potest per quandam heredis institutionem *l. 20. §. 2 ff. de condit. institut. l. Gallus ff. de liber. & posthumis.* Secundo gradu vel deinceps factam in locum prioris deficientis. Cujacius C. *h. t.* Anton. Fumæus *in tract. suo de subst. n. 4. & 5.* Mynf. *ad pr. Instit. h. t. num. 4.* quod omnino ad perfectionem juris Rom. fuit necessarium, ne, dum unum quisque heredem sibi

scriberet, & is ante, vel post aditam fortè hereditatem decederet, aut etiam aliam ob causam adire non posset, vel nollet ultimæ hominum voluntates suo vigore destituerentur. Corras. *1. misc. 2. n. 3.* Sichard. *ad rub. C. h. t. n. 2.* contra quàm responsum est in *l. 6. ff. de inter. action. pr. Inst. de bonor. possess. V. adhuc autem.* lata est L. Falcidia. *pr. Inst. de l. Falcid.* introductum SC Pegasianum §. 5 postea Justiniano Imp. sic volente in Trebellianum transfusum §. *7. Inst. de fideicom. hered.* propositum Prætoris edictum: SI QUIS OMISSA CAUSA TESTAMENTI AB INTESTATO HEREDITATEM POSSIDEAT. *lib. 29. ff. tit. 4. lib. 6. C. tit. 39.*

VII.

Suspecta itaque videtur eorum opinio qui substitutionum originem juri gentium adscribi posse arbitrantur. Sfort. *in prælud. subst. q. 3.* Chiflet *in præl. subst. c. 1.* Dauth. *de subst. p. 507. n. 4.* ducti authoritate Diogenis Laertii, qui in vita Arist. referre dicitur testamentum ejus in quo puellæ, si prius moreretur, quam nuptui esset collocata vel deinceps sine liberis Nicanorem quendam substituit; cum tamen meminisse debuissent isthic loci non tam testamentum poni, quam ultimam quandam dispositionem circa tutelam filiorum Arist. elocandam Nicanori filiam, secundas uxoris nuptias & alimenta, servos libertate donandos, monumentum ponendum & alia; sine ulla tamen substitutione. Contrarium præter *l. 2. ff. h. t. l. unic. in pr. V. sed & ipsis. C. de cad. tollend.* hoc uno argumento satis probatur, quod substitutio, ut & institutio legitima non nisi in testamento fieri permittatur §. *2. Instit. de codic. pr. Inst. h. t. l. 36. ff. eod.* Testamenti autem factio ante inventum Romanorum aliis gentibus fuit incognita. §. *fin. Instit. de H. & H.* §. *3. Inst. de testam. ordin. l. 3. ff. de testam.* Bart. *ad l. 5. ff. de just. & jure n. 17.* ubi regulam ponit, quod omnes obligationes ex quasi contractu descendentes sint juris civilis. Vasquius *de succ. lib. 1. §. 1. n. 1.* Forst. *lib. 2. disp. 12. th. 3.*

IIX.

Divisiones hujus substitutionis à DD. variis variæ afferuntur. Accursius & ejus asseclæ sex ejus constituunt species:

vul-

vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam, compendiosam & fideicommissariam. Bartolus eam dispescit in directam & obliquam. illam subdividit in vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam & compendiosam. hanc iterum facit duplicem, vel quia aliquando in parte fit, aliquando in toto; vel quia quandoque fit verbis merè obliquis, quandoque verbis directis, quæ obliquantur, quandoque verbis communibus. Alii aliter, de quibus vide Mynsing. Heig. *ad pr. Inst. h. t.* Duaren. *lib. 2. disp. c. 7. & de subst. c. 3.* Nos secuti Cajum *lib. 2. Inst. tit. 4. in pr.* Cujac. *ad h. t. C.* Gœd. *part. 3. disp. 19. th. 15. l. c.* Treut. *vol. 2. disp. 11. th. 5. lit. d.* dividimus eam in vulgarem & pupillarem. Tum, quod substitutio, quam D D. obliquam appellant propriè substitutionis species non est. Wesenbec. *ad h. t. n. 6.* Schneid. *ad pr. Inst. eod. n. 6.* Decius *ad rub. C. h. t.* Cagnol. *in l. precib. C. eod. n. 50.* Duar. *de subst c. 1. & 2.* Sichard. *ad l. fin. C. de inst. subst. & restit. sub cond. n. 1.* Fumæus *in tr. de sub. n. 7.* tum quia in Pandectis & Institution. hæc tanquam principalior, & à qua reliquæ quasi vitam hauriunt, in tt. inscriptione exprimitur.

IX.

Vulgaris est, quæ nullo personarum respectu habito, utrum aliquis sit miles vel paganus, pater vel extraneus, masculus an fœmina, ab omnibus omnino hominibus activam & passivam testamenti factionem habentibus patet. Duar. *De subst. c. 4.* Zasius *de subst. punct. 1.* Rol. Passagerius *de test. & ult. volunt. rub. 23. n. 5.* Cujacius *C. h. t.* Sich. *ad l. fin. C. de inst. & subst. sub cond. n. 2.* vel magis Logicè, Vulgaris est substitutio Bart. Sonius *ad rubr. hic.* Pacius *in disp. de V. & P. S. th. 9.* per quam quilibet testamenti factionem habens surrogat sibi alium heredem in eum eventum si heres primo scriptus non adierit hereditatem *pr. Inst. h. t.* Roland. *de test. rub. 23. n. 6.* Duar. *de subst. c. 4.*

X.

Dixi non adierit. quod non debet ita accipi, quasi statim substituto locus, simul ac heres institutus in adeundo cessarit. Hoc enim falsum esse evincitur *per* §. 2. *& 5. Inst. de hered. qual.*

§. 4.

§. 4. & pen. Inst. de B. P. integros t. t. ff. & C. de jure de lib. sed requiritur, ut perfectè constet de non existentia heredis h. e. necesse est, ut institutus jure communi & ordinario, per repudiationem, vel alio modo ita exclusus sit, ut planè heres esse desierit. Fumeus *in tr. de sub. p. 564. n. 21.* Propterea enim quod spes aliqua sit heredem qui repudiavit in integrum restitutum iri substitutio non cessat. Rol. Passag. *de test. & ult. volunt. rub. 23. n. 14.* Restitutionis enim antequam impetrata fuerit nulla habetur ratio. Duar. *de subst. c. 10. p. 381. col. 1.*

XI.

Formulæ hujus substitutionis ex *§. 1. Inst. h. t.* hæ peti possunt: S. heredem instituo, si is heres non erit, C. heres esto. S. heredem instituo, si is heres non erit C. & T. heredes sunto. C. & Titium heredes instituo, si illi heredes non erunt, S. heres esto. C. & T. heredes instituo, eosq; invicem substituo. Plures ut addam non opus est. Qui enim novit naturam hujus substitutionis, ei non est multum laborandum in formulis & conceptionibus, verba sunt Duar. *de subst. c. 9.*

XII.

Cæterum hæc verba: SI HERES NON ERIT. multos casus comprehendunt. *§. 4. Inst. h. t. l. 40. ff. de hered. inst.* Fumæus *de subst. n. 22.* Roland. *de testam. rub. 23. num. 12. 14. & 41.* Sichard. *ad l. fin. C. de subst. & inst. sub condit. n. 2.* Qua occasione quæritur an substitutio facta in unum casum noluntatis, extendatur ad alterum impotentiæ, & contra? Nos negativam amplectimur per *l. 10. ff. de lib. & posth. l. 21. ff. de Vulg. & pup. subst. l. 101. ff. de cond. & demonstr. in pr* Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 5. tit. 1. n. 3.* Joan. Andr. *in add. ad Specul tit. de test. §. in primis, in ult. add. V. quarta quæstio.* Treut. *vol. 2. disp. 11. th. 6. lit. a.*

XIII.

Quæ hoc loco DD. de vulgari tacita & expressa cumulant magis quam docent, Roland. *de test. & ult. rubr. 23. n. 1. 2. 3. & seqq. usq; ad n. 12.* admodum sunt obscura. Facem accendat, qui quid expressi, quid taciti nomine veniat planum det. Id vero, ni fallor, ex multis DD. optimè docuit Joan. Dauth.

de

de substit. n. 56. Expressum, inquit, est, quod vel ex verbis ita apparet ut oculo corporis videri possit; vel oculo mentis videtur h.e. bona consequentia colligitur. Tacitum est quod non ex verbis, sed interpretatione extensiva venit.

XIV.

His præmissis substitutionem expressam dico, quæ fit verbis expressis & visibilibus. tacitam quæ oculis vel auribus percipi non potest, sed tantum intellectu, juris interpretatione, verbis hoc præ se non ferentibus. Atque hoc est quod ante dixi: INTERPRETATIONE EXTENSIVA. inter quam & declarativam multum interest. Declarativa enim quod inest dispositioni de necessitate. Hering. *de fidejus.* nihil de novo inducit, non immutat sensum declarati, sed retrotrahitur ad declaratum *l. 21. §. 1. V. sed & si notam ff. de test. & ibi D D.* Curt. *de jur. propt. calum. §. hoc sacramentum n. 5.* Cujus contrarium est in declaratione extensiva. Sichard. *ad l. 1. C. h. t. n. 3. & 4.* Val. Guiliel. Forsterus *in suo interp. jur. lib. 2. c. 2.*

XV.

Vulgaris expressa porrigitur ad tacitam pupillarem *l. 2. §. 6. l. 4. ff. h. t. l. 4. l. fin, C. eod.* & vice versa expressa pupillaris ad tacitam vulgarem. Ita judicavit Centumvirale judicium in causa M. Curii, contra M. Coponium. Cic. *in topicis num. 224. lib. 1. de orator. n 99. in Bruto n. 177.* Non enim quibus verbis quid dicatur quæritur, sed quæ res agatur. Et ut idem ille Cic. *in oratione pro A Cæcinna scribit:* Quæ lex, quod SC. quod Magistratus edictum, quod fœdus aut pactio, quod [ut ad privatas res redeam] testamentum, quæ judicia, aut stipulationes, aut pacti & conventi formula infirmari aut convelli non potest, si ad verba rem deflectere velimus consilium autem eorum, qui scripserunt & rationem & authoritatem relinquamus? Sermo me hercule & familiaris & quotidiana non cohærebit si verba inter nos aucupabimur. Denique imperium domesticum nullum erit, si servulis hoc nostris concesserimus ut ad verba nobis obediant: non ad id quod ex verbis intelligi potest nob. obtemperent.

XVI.

Licet ea natura fit ſubſtitutionis vulgaris, ut per eam ſuccedatur defuncto in bonis iis, quæ pervenire debebant ad inſtitutum qui vel noluit, vel non potuit eſſe heres, & non inſtituto illi in bonis ſuis. Roland. *de teſt. & ult. volunt. rub. 23. num. 4. & 26. & rub. 24. n. 5. Duar. de ſubſt. cap. 10. p. 385.* Hoc tamen fallit in vulgari expreſſa quæ ad tacitam pupillarem porrigitur, tunc quando filius extitit heres & ante pubertatem deceſſit. Cum enim taciti & expreſſi, quando non concurrunt, ita ut aliud è medio tolli ſit neceſſe, eadem eſt vis, eadem ratio. *l. 3. ff. de reb cred-* Fumeus *de ſubſt. n. 19.* Neceſſe eſt, ut quæ de uno vera ſunt, de altero falſa eſſe non poſſint, & quia vulgaris expreſſa extenditur ad tacitam pupillarem neceſſe eſt quoad iſtam extenſionem vulgari expreſſæ tribui ea quæ ſunt expreſſæ pupillaris. Bart. *in l. 1. ff. de leg. 1. n. 2.* Gylman. *in ſymphorem. ſupplic. tom. 1. tit. 3. vol. 6. n. 18.*

XVII.

Si quis ſervum alienum quem patremfamilias arbitratus heredē ſcripſerit, & ſi heres non eſſet Mævium ei ſubſtituerit, iſq; ſervus juſſu Domini adierit hereditatem Mævius ſubſtitutus, admittitur in partem dimidiam totius hereditatis, juxta vulgatam theoricam : Quod quandocunque fit mentio partis, & non additur diſertè quota illa ſit tum ſemper intelligitur de parte dimidia per *l. 164. §. 1. ff. de V. S. l. 19. §. ult. ff. de leg. 1. l. 23. §. 1. C. de legat. l. unic. §. 11. V. ſi vero* C. *de caduc. tollend. l. 43. ff. de uſufr.* Ad *l. 40. ff. de hered. inſtit.* reſpondemus cum Cujacio pro ALTER SEMIS eſſe legendum As. Iſte enim interpretandi modus, ſi non temerè adhibeatur, eſt, ut noſtri loquuntur, de jure permiſſorum. Et quis ſanus negabit librariorum audaciam & inſcitam operam multos nobis authores mutilaſſe, corrupiſſe, dum rudes, quod ipſorum intelligentiam fugiſſet intervertere audebant & mutare inquit D. Forſter. *in ſuo interpr. lib. 1. cap. 2.* maximè cum Pandectæ Florentinæ ſic ſcriptæ perhibeantur, ut non orationibus ſolùm, ſed ne quidem verbis ipſis diſtinctæ ſint.

XIIX. Por-

XIIX.

Porrò, ut substitutio vulgaris non adita hereditate vires accipit. *th. 9. & 10.* Sic quoque hereditate jam adita exspirat. *l. post aditam 5. C. de impub & aliis substitut.* & ibi Sichard. *n. ex Odofred. Fulgosio. Jasone & aliis cur sic fiat tres causas referent.* scilicet. quod cesset conditio sub qua substitutus erat vocatus. quod post aditionem heredis bona illa non censeantur amplius defuncti. quod semel heres directus non possit desinere heres, etsi restituatur in integrum tanquam læsus per aditionem. Neque hic excipitur casus ille qui est in *Novel. 1. c. 1. §. 3. & 4.* quem excipiendum putavit. Duar. *de subst. c. 10. p. 384.* quia ibi hereditas non defertur jure substitutionis sed potius beneficio legis. ut habet gloss. *in aut. hoc amplius. C. de fideic.* quam sequitur Bart. *ibid.*

XIX.

Ista tamen opus habent aliqua declaratione. Pone enim, quod testator non unum: sed ut potest §. 4. *Inst. de hered. inst.* plures heredes sibi scripserit, iisque omnibus substituerit E. G. Mævium. nunquid unius heredis scripti aditione substitutus excludatur à tota hereditate? Distinguimus. aut substitutio facta fuit pluribus copulativè & conjunctim, utpote instituit testator T. & S. & dixit, si T. & S. heredes non erunt, C. substituo. aut verò facta fuit separatim. T. S. heredes erunt. si aut T. aut S. heredes non erunt, C. substituo. Priore casu si unus adeat extinguitur substitutio *l. 30. ff. h. t. l. 10. C. eod.* Posteriore, tunc uno adeunte exspirat substitutio quoad seipsum, non quoad alios non adeuntes. *l. 34. §. 1. ff. h. t.* Bart. *in l. 1. ff. eod. V. item quæro utrum adiit.* Sichard. *ad l. 4. n. 9. & 10. l. fin. C. h. t.*

XX.

Interdum succeditur ex persona instituti heredis; filius institutus acquirit patri. *t. t. Inst. per quas person.* indignus fisco.

l. 1. in pr. & l. 3. §. ult. ff. de jur. fisci. t. t. ff. & C. de his quæ ut indig. suus heres quibuscunque successoribus suis. *l. apud hostes C. de suis & leg. hered. l. 3. C. de jure deliberandi. l. unic. C. de his quæ aper. tab.* & hi omnes præferuntur ipsi substituto. *l. 8. §. 1. C. de bon. quæ lib. l. 25. ff. ad SC. Trebell.* Roland. *de testam. rub. 33. n. 16.* Vasquius *de succes. progres. lib. 2. §. 5. n. 17. l. unic. C. de cad. toll. §. cum autem ad fin. l.* Fum. *de subst. n. 24.* hisce duntaxat excepto Novel. *1. c. 1. §. 4.* Duar. *de subst. c. 10.* Pet. Greg. Toloz: *lib. 42. syntag. c. 14.* Fach. *lib. 4. controv. c. 64.* Bocer. *de reg. c. 3. n. 42.*

XXI.

Substitutioni vulgari opposita species est substitutio pupillaris; seu, ut Imp. in rub. C. h. t. loquitur, impuberum, passivè accepto vocabulo Sichard. *ad d. rub. n. 1.* Imp. siquidem mens non fuit docere quomodo impuberes aliis substituant. neque enim hoc possunt, quandoque impuberes à testamenti factione *§. 1. Inst. quib. perm. est fac. test.* & sic quoque à substitutione arceantur, *l. 18. §. 1. ff. h. t.* Nihil vero interest, utrum pupillarem an impuberum dicamus. Nam & pupillus in jure nostro is dicitur, qui cum impubes sit in potestate patris est: *l. 1. pr. §. 2. ff. de V. O.*

XXII.

Ad hoc ut substitutio pupillaris valeat duo potissimum requirimus: aptitudinem causæ efficientis & habile objectum. Aptitudo causæ efficientis est ex patria potestate, ita ut cæteris paribus rectè dixerim: Quicumque liberos suos habet in potestate, ille iisdem substituere potest pupillariter. & contra, quicumque liberos suos, non habet in potestate ille quoque iisdem substituere nequit. Oportet autem ut utroque tempore & substitutionis & mortis tempore pupillus in potestate parentis sit. *l. 41. §. 2. ff. h. t.* Donell. *lib. 6. comm. c. 25.* Vigl. *ad pr. Inst. h. t. n. 7. & 8.* Duar. *de subst. c. 14. col. 2. p. 388.*

XXIII.

Mater quia neque tempore substitutionis, neque mortis, & sic nullo pupillum in potestate habet. *§. Fœminæ 10. Inst. de adoption. §. 3. Inst. de hered. qual. & differ. l. 4. §. 2. ff. de bon.*

poss.

poſt. cont. tabul. pupillariter ſubſtituere nequit. Weſenb. *n. 5.* Heig. *n. 5.* Mynſ. *n. 5.* Schneidw. *n. 8. Inſt. h. t. ad pr.* Fumeus *de ſubſt. n. 43.* Bronch. *cent. 3. adſer. 35.* Quare autem mater liberos non habeat in poteſtate, video, inquit Nobil. & Excell. Dn. Arumæus *exerc. 8. th. 14.* duplicem adferri rationem; prima eſt quia jus Romanum ipſas in perpetua tutela eſſe voluit; altera & quidem verior, quia liberi non matris, ſed patris familiam ſequuntur *l. 195. §. familia ff. de V S.*

XXIV.

Qui teſtatur ab heredis inſtitutione plerumq; debet facere initium *l. 1. ff. de hered. inſtit.* Sic liberis ſuis nemo teſtamentum facere poteſt niſi & ſibi faciat. *l. 1. §. 3. ff. h. t.* Nam pupillare teſtamentum pars eſt, & ſequela paterni teſtamenti, adeo ut ſiquidem patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valebit *§. 5. Inſt. h. t.* Certum vero eſt non valere in quo filius qui eſt in poteſtate, nec inſtitutus, nec exheredatus eſt. Fumeus *de ſubſt. n. 45. 49. & 50.* Roland. *rubr. 24. n. 1. 12. & 19.* Bonorum poſſeſſione contra tabulas impetrata, non evaneſcit pupillaris ſubſtitutio. Prætor enim non facit heredem, nec facit ut is deſinat eſſe heres, qui heres eſt jure civili §. *quos autem, Inſt. de bon. poſſeſſ.* Duaren. *de ſubſt. c. 14. circa fin. & c. 15.* Roland. *de teſt. rub. 24. n. 21. & ſeq.* Treutl. *vol. 2. diſput. 11. th. 9. lit. b.*

XXV.

Circa objectum requirimus in ſacris ætatem impuberem. Alterutrum horum ſi deeſt non eſt vera ſubſtitutio pupillaris *pr. Inſt. h. t.* qualis eſt ea quæ fit puberi verbis directis, cujuſmodi ſubſtitutionem ne quidem per vim fideicommiſſi valere verius eſt. *§. 8. Inſt. h. t. l. 7. ff. eod.* Cujac. *lib. 11. Obſ. c. 25.* Roland. *de teſtam. rub. 24. n. 16.* Fach. *lib. 4. controv. c. 44.* idque obtinet, quando ſtatuto civitatis cujuſpiam cavetur, quod minor viginti quinque annis non poſſit teſtari. Bart. *in l. 2. ff. h. t. in 2. col. V. ſecundo ergo quæro;* Sed oportet patrem ei ſubſtituere quaſi pupillariter.

XXVI.

Ex hac theſi multæ quæſtiones tanquam rivuli ex fonte

 quo-

quodam duci possunt. Præcipuas delibasse sufficiat. In sacris esse debent quibus pupillariter substituitur. Dubium facit §. 4. *Inst. h. t. l. 2. in pr. ff. eod.* verba textus hæc sunt: quæcunque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum vel exheredatorum eadem etiam de posthumis intelligimus. Dixerat autem puberibus substitui pupillariter. Aut itaque posthumi sunt in potestate patris, aut textus allegati alicujus falsitatis arguentur. Non posterius, quia ut Marcianus ex Demosthene refert: πᾶς ἐστὶν νόμος εὕρημα καὶ μὲν δῶρον θεοῦ. Deus verò est veritas ipsa, Joannis 14. v. 6. Non prius. Posthumos enim duntaxat dicimus, & quidem propriè, qui post mortem patris nascuntur. *l. 3. §. 1. ff. de injust. rupt. & irrit. test.* Mors parentis est modus dissolvendi patriam potestatem, *pr. Inst. quib. mod. patr. potest solvit.* Quod igitur ad dissolvendam istam potestatem introductum est, non debet operari contrarium. Re vera posthumus non est in potestate patria, Lex tamen fingit eum esse. Nam qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodo ipsius partus quæritur, aliis antequam nascatur nihil prodest. *l. 7. ff. de stat. homin.*

XXVII.

De naturali quæritur & exheredato numquid his pupillariter substitui possit. Cardo totius negotii in eo vertitur, utrum sint in potestate patria, nec ne. Naturalem esse in potestate patria contendit Anton. Fumæus *in tr. suo de subst. n. 40.* Ad hanc propositionem suam comprobandam utitur tali argumento: Sui dicuntur, qui sunt in potestate testatoris. §. *ita demum. Instit. de hered. quæ ab intest.* Filii naturales sunt sui heredes *l. 1. §. 2. ff. de suis & leg. hered.* Ergo filii naturales sunt in potestate patria. quam etiam conclusionem duplici munimento cingit. *l. 5. & l. fin ff. de his qui sunt sui vel alien. jur.* Respondeo esse fallaciam παρὰ τὴν ἄγνοιαν τοῦ ἐλέγχου. Filius enim naturalis est in potestate patria, & Filius naturalis non est in potestate patria hoc loco non sunt propositiones contra-

tradictoriæ. Vocabulum enim illud NATURALIS laborat aliqua ὁμωνυμίᾳ & significat duplicis generis homines & eum qui ex illegitimo thoro suscitatus est, & eum qui ex legitimo matrimonio proceatur. Quando significat ex legitimo matrimonio procreatum semper opponitur adoptivo, ut in ll. à Fumæo adductis *§. 1. Instit. de adopt.* Wesenb. *ad §. adoptivi. Inst. de exhered. lit. b.* Quando illum, absolutè ponitur, & in hac posteriore significatione nos eam capimus.

XXIIX.

Aliquando autem evenit, ut liberi qui statim ut nati sunt in potestate parentum non sunt postea redigantur in potestatem patris *§. fin. Inst. de nupt.* annè substitutio pupillaris hisce facta recövalescit. Hanc quæstionem tractat Bartol. in *l. 2. ff. h. t.* an satis rectè, ipse viderit. Non parum sanè interest, num ista legitimatio adhuc vivente patre facta sit, num verò eo defuncto. item. an pater ejusmodi alios filios in potestate sua habeat, necne. Certi enim juris est legitimationem vivente patre à principe factam fingere retrò. *Bald. ad l. eam quam* C. *de fideicom.* propter concursum voluntatis Principis & patris expressæ, contra quam filii venire non possunt. Mantica *de conject. ult volunt. lib. 6. tit. 11. n. 9.* Voluntas enim patris pro justa causa habetur in filii legitimatione. Menoch. *cons. 20. n. 42.* ac proinde in omnibus dominari debet. *l. 23. §. 1. in fin C. de legat.* Mortuo verò patre, si qui sint, qui habeant successionem in bonis defuncti, nisi illa legitimatio fieret, omnino citari debent. *l. 2. 4. & 5. ff. de natalib. restit.* Jason. *ad l. 2. C. de testam.* C. *caveant. c. omnia 3. quæst. 9.* Quod si compareant iterum subdistinguendum an in legitimationem consentiant, an vero juri sibi semel acquisito insistant. Quando consentiunt, legitimatio fingit legitimatum semper fuisse in potestate patria, ac proinde quoq; substitutio pupillaris huic facta vires accipit. cessante enim prohibitiõnis causa cessat ipsa proh.bitio. Dissentientibus nullum fit præjudicium.

XXIX. Ma-

XXIX.

Magnam esse potestatem principum haut infitiari fatemur, Dei verò & naturæ majorem esse quis non videt? Princeps potestatem suam habet à Deo sibi concessam. debebit ergo eadem uti ut Deus se velle in verbo suo nos docuit, debebunt imitari bonos Principes, qui non credendum esse dixerunt se ea facere posse facta, quæ lædunt pietatem, existimationem, verecundiam, & ut generaliter dixerim contra bonos mores sunt *l. 15 ff. de cond. inst.* Aureum sanè est, quod Hegio apud Terent:

Sed Demea hoc tu facito cum animo cogites
Quam vos facillimè agitis, quam estis maxume
Potentes, dites, fortunati, nobiles,
Tam maximè vos æquo animo æqua noscere
Oportet si vos vultis perhiberi probos.

Cum enim natura inter nos cognationem quandam constituerit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse, inquit JC. in *l. 3. ff. de just. & jure.* Contra citatos contumaciter absentes quomodo procedatur docet *ord. Cam. part. 3 tit. 42. & 43.* Mynsing. *4 obs. 65. & 67.* Gail. *1. obs. 59. & 60.* Wurmser. *tit. 7. obs. 1. 2. & 3.*

XXX.

Exheredatis posse substitui certi juris est *§. 4. Inst. h. tit. l. 1. §. 2. l. 10. §. 4. & 5. l. 47. ff. h. t.* Major difficultas est in *l. 2. in pr. ff. h. t. Nepotibus,* inquit Ulpianus, *etiam possumus (subintellige substituere pupillariter) & deinceps si qui non recasuri in patris potestatem. Sed si eos patres præcedant ita demum substitui iis potest si heredes instituti sint vel exheredati &c.* Ubi duo sunt notatu digna, primum quod, ut substitutio pupillaris valeat, nepotes sint instituendi vel exhæredandi, ne succedentes in locum patris ex lege Vellea rumpant testamentum. Alterum notabile est nepotibus non posse aliter substitui pupillariter, nisi quando non sunt recasuri in potestatem patris. Propterea enim parentibus permissum est filiis suis impuberibus testamentum facere, quia ipsi ejus ætatis non sunt, in qua sibi testamentum facere possunt. *pr. Inst. h. t.* Sed si reincidat in potestatem alterius

alterius

terit, posito quod non esset defectus ætatis, tamen testari non posset, quia reperitur in potestate alterius, & ideo tali non posset quis facere testamentum, quia si pupillus alia ratione esset intestabilis; quam ratione ætatis, pater non potest ei facere testamentum Bart. *ad L. 2. ff. h. t. in col. 3.*

XXXI.

Hoc ampliat JC. in extraneo impubere vel adoptato vel arrogato: *Sed si impuberem heredem scripserit extraneum poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit vel adrogaverit filio præcedente.* Videtur sic JC. tria requirere ad substitutionem extraneo impuberi faciendam. nimirum ut heres scribatur, ut in locum nepotis vel adoptetur vel adrogetur, ut filius eum præcedat. Attamen rectè hunc textum ponderantis aliud erit judicium. Ideo JC. dixit *in locum nepotis.* item *præcedente filio,* quia proximè præcedens casus erat de nepote, quem filius præcedebat, *V. sed si eos.* Volens itaque JC. ostendere casus præcedentis decisionem extendi ad casum subsequentem, necesse fuit easdem circumstantias ponere in casu posteriore, quæ fuere in casu priore. Lagius. *meth. jur. civil. part. 1. c. 7. n. 3.* Alioquin hoc in genere verum est, extraneum impuberem debere adoptari vel arrogari, & heredem scribi. Quatenus autem ejusmodi substitutio locum habeat. Vid. *l. 22. §. 1. ff. de adopt. l. 10. §. 6 ff. h. t.*

XXXII.

Nunc definio substitutionem pupillarem, quod sit altera substitutionis directæ species. *th. nostra 8.* qua is qui liberos in potestate habet, *th. nost. 22.* liberis suis in potestate constitutis, impuberibus *th. nost. 25.* in suo testamento *th. nost. 24.* alium heredem substituit, isto casu, quando impuberes, & sic testamenti factionis activæ nondum capaces, decesserint. *th. nost. 30.* Fumeus *de subst. n.* 33. Alterum casum Si Heres Non Erit, ut exprimamus nulla necessitas urget. Nam ut supra *th. 15.* docuimus, expressa pupillaris, porrigitur ad tacitam vulgarem. Unde cum dicam *Filius meus heres esto, & si is moriatur antequam in tutelam suam perveniat;* idem est ac si dixerim: *Filius meus heres esto & si heres non erit. &c.* Treutl. *vol. 2. disp. 11. th. 8 l. f.*

C Divi-

XXXIII.

Divisio eadem est quæ substitutionis vulgaris. Roland. *de test. & ult. volunt. rub. 24. n. 3.* Pupillariter substitutus succedit in omnibus pupilli bonis, etiam post acquisitis. *l. 10. §. 5. ff. h. t.* Sicut enim pater non potest decedere pro parte testatus, *l. 7. ff. de re jur.* ita nec filius cui pupillariter substituitur. Gothof. *ex Baldo ad d. l. 10.* Cum etiam excludat venientes ab intestato. *l. 89. ff. de R. I. l. 7. C. h. l.* non erit absurdum, si dicamus per hunc eundem substitutum matrem quoq; repelli à successione pupilli. Roland. *de test. & ult. vol. rub. 24. n. 9.* quod verum est, tam de substitutione expressa, quam tacita. *arg. l. 5. ff. si cert. petatur.* Donell. *ad l. 8. C. h. t. n. 5.* Vigl. *ad §. 1. Inst. h. t.* Vaud. *lib. 1. quæst. 44.* Treutl. *vol. 2. disp. 11. th. 9. lit. c.*

XXXIV.

Quidam substituit duobus filiis impuberibus hoc modo: *Uter eorum supremus morietur, ei Titium substituo.* Ambo mercaturam per mare faciunt. Accidit ut orta tempestate navis fluctibus obrueretur, & ipsi voragine aquarum haurirentur. Quæstionis est, cum potuisset fieri, ut omnes uno momento perirent; vel diverso, incertum tamen sit, uter prior, vel posterior, an substitutus hereditatem capere possit, & quam partem. Si rationem Grammaticam consulas dicendum est non admitti. Supremus enim videtur dici respectu ejus qui intercedit. Et sicut πρότασις & ἀπόδοσις duo distincta sunt comparationis membra, nec unum sine alterius relatione constituitur; ita aliud oportet esse quod confertur, aliud cum quo confertur. Jason *ad l. 5. ff. de I. & I. n. 4.* Aliud tamen visum fuit, JCto in *l. 34. & pr. ff. h. t.* Duar. *de subst. c. 15. p. 395.* Gœd. *ad l. 92. ff. de V. S.*

XXXV.

Affinis huic substitutioni est substitutio exemplaris, quam alii Justinianeam, alii quasi pupillarem appellarunt. Duaren. *lib. 2. disp. anniv. c. 7.* A quo tamen in multis differt. Primò ratione originis. Pupillaris moribus introducta est. *l. 2. ff. h. t.* quasi pupillaris constitutione Justiniani nova. *§. 1. Inst. h. t.* Secundo ratione causæ efficientis. Mater pupillariter substituere non potest. *th. nost. 23.* quasi pupillariter potest. *l. humanitatis C. h. t.*

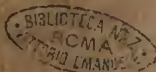
C. h. t. hæc enim ſubſtitutio non fit jure poteſtatis patriæ ſicut illa, ſed humanitatis ratione, Borchold. *ad d.* §. *1. Inſt. h.t.* Tertio ratione objecti. Per ſubſtitutionem pupillarem ſubſtituimus liberis duntaxat impuberibus. *pr. Inſt. h.t.* Per quaſi pupillarem etiam puberibus. §. *1. Inſt. eod.* Quarto ratione finis. Subſtitutioni pupillari finem imponit ætas minorennis. *l.14. ff. h. t.* Quaſi pupillari reſipiſcentia mente capti perpetua. Donell. *lib.6. com.c.27.* Forſt. *diſp.12. th. 12.* Quid multa? *πάσας μὲν οὖν ἐξετάζειν τὰς διαφορὰς ματαιότερον ἴσως ἐστὶν. ἱκανὸν δὲ τὰς μάλιστα ἐπιπολαζούσας.* inquit Ariſt. *lib.1.Ethic.c.4.*

XXXVI.

Subſtitutio pupillaris hoc modo conſtituta finitur ætate in ſubſtituendo approbata. Maſculo igitur ad quatuordecim uſque annos ſubſtitui poteſt: Fœminæ uſque ad duodecim annos, & ſi hoc tempus exceſſerint ſubſtitutio evaneſcit §. *8. Inſt. h. t. l. 14. ff. eod.* Fieret enim, ut hoc jus ſubſtitutionis, quod pupillorum gratia comparatum eſt in eorum odium converteretur, contra *l. 25. ff. de legib. l. 5. §. 1. C. de ſecund. nupt. cap. 61. in Sext. de reg. juris.* Poteſt tamen quis ita ſubſtituere: *Filius meus ſi intra decem annos deceſſerit, Titius heres eſto: ſi intra quatuordecim Mævius.* & tunc prior ſubſtitutus deſinit eſſe ſubſtitutus pupillo decimum ætatis annum attingente. *l.43. §.1. ff. h.t.*

XXXVII.

Plures modos ſubſtitutionem pupillarem infirmandi paſſim in theſibus notavimus, unde peti poſſunt. Concludimus noſtram diſputationem eleganti illa & ſatis difficili quæſtione. An ſi Titius inſtitutus fuerit heres & rogatus reſtituere hereditatem poſt mortem ſuam proximiori, intelligi debeat proximior heredi, an vero proximior teſtatori. In qua quid in utramq; partem veroſimiliter dici queat videbimus.



F I N I S.